

El arbitraje comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: perspectivas desde las Convenciones Internacionales de arbitraje y el Derecho Comparado

DOCUMENTOS TÉCNICOS DEL OREI

Serie: DT/3-2015/Septiembre

RESUMEN

El propósito principal del presente trabajo es hacer una introducción al Arbitraje a través de una serie de conceptos, antecedentes y clasificaciones para luego abordar la regulación del instituto en el nuevo Código Civil y Comercial el entró en vigencia en agosto de 2015, analizando las ventajas y desventajas de la incorporación y su concordancia o no con respecto a las Convenciones Internacionales sobre arbitraje firmadas por Argentina.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje – Código Civil y Comercial Argentina – Convenciones Internacionales de arbitraje–

ABSTRACT

The main purpose of this work is to make an introduction to Arbitration through a series of concepts, precedents and classifications then address the regulation of the institute in the new Civil and Commercial Code which is effective since August, analyzing the advantages and disadvantages of the incorporation and its concordance or otherwise regarding the Arbitration International Conventions signed by Argentina.

KEY WORDS

Arbitration – Civil and Commercial Code – Arbitration International Conventions –

El presente informe ha sido elaborado por el equipo de pasantes conformado por alumnos y graduados de la UNLP en el marco del programa de formación profesional del OREI realizadas por **Diego ROMERO**, **Julieta SUÁREZ**, **Antonella SZYMANKIEWICZ** y **Nicolás ANTONIO** bajo la coordinación y supervisión del Director del OREI, Abog. Lautaro M. RAMIREZ.

Las opiniones expresadas en este texto son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen al Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales, a la Secretaría de Extensión ni a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. El mismo tiene carácter netamente informativo.

SE AUTORIZA LA REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL DEL PRESENTE TRABAJO CON CITA DE SU FUENTE.



RESUMEN EJECUTIVO

La globalización económica y el crecimiento constante del comercio internacional, ha tenido como consecuencia directa el desarrollo del arbitraje comercial internacional, como una forma viable y ampliamente aceptada para la resolución de conflictos en el ámbito comercial. Sin embargo, la Argentina hasta el momento, es uno de los pocos países de Latinoamérica, que no cuenta con una ley de arbitraje. A partir del primero de agosto del corriente año, la materia, sin embargo, quedó regulada en el nuevo Código Civil y Comercial, con lo que se establecen nuevas pautas desconocidas hasta ahora, por nuestro país.

Por ello en el presente trabajo analizamos el concepto de arbitraje comercial y su importancia para la resolución de conflictos, lo proyectamos hacia el plano internacional, considerando las normas que regulan el instituto en dicho ámbito, para finalmente estudiar su tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial y las consecuentes repercusiones que la nueva legislación conlleva en la vida del arbitraje.

Vimos así que la regulación del *“contrato de arbitraje”*, incluye tanto el celebrado por las partes como el que resulta entre aquéllas y los árbitros, e introduce la admisión del arbitraje societario o la interrupción de la prescripción por la interposición de la demanda arbitral consagrando, situaciones aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina. También estudiamos instituciones como el arbitraje de consumo, que es excluido de la regulación, analizamos las materias excluidas del arbitraje, y la preponderancia que se da al orden público como elemento integrante del contrato de arbitraje.

La inclusión del arbitraje como un contrato *“nominado”* en el contexto de un código de obligaciones civiles y comerciales es novedosa y solitaria en la moderna técnica legislativa en la materia y se presenta como una adhesión explícita a una concepción contractualista del instituto que se contrapone con la aproximación *“jurisdiccional”* o *“híbrida”*. En efecto, la tendencia universal ha sido la regulación del arbitraje a través de una ley especial de procedimiento que, entre otros aspectos fundamentales, reconoce la función jurisdiccional del arbitraje y de los árbitros, la autonomía del acuerdo arbitral, la jerarquía decisoria de los laudos y la función judicial de soporte procesal y recursivo.

No obstante debemos sostener que la regulación del arbitraje en el Código de fondo no se opone a las atribuciones de las Provincias; ellas conservan la atribución de regular el juicio de integración del tribunal arbitral cuando las partes no consigan hacerlo por los modos convenidos, de establecer el alcance de la cooperación judicial en el desarrollo del juicio arbitral, de la ejecución del laudo y de los recursos contra él, materias típicamente procesales y que por ello quedan sujetas a la legislación local. Negar la facultad del Congreso de la Nación para legislar sobre el contrato de arbitraje en sus aspectos de capacidad, forma, efectos, es reducir el arbitraje a un mero procedimiento, cuando en realidad es claramente una convención causada en la autonomía de la voluntad y herramienta indisolublemente ligada al comercio, sin perjuicio de su naturaleza instrumental.

Ahora bien en un país federal como la República Argentina, donde la legislación de procedimiento no ha sido delegada al Congreso Nacional, la catalogación del contrato de arbitraje y su regulación procesal en el Código Civil y Comercial y otros rituales locales está llamada a crear inconsistencias y tensiones entre estas normas.



A lo largo del presente informe técnico hemos podido observar que la redacción y la técnica legislativa empleada por el legislador no ha sido la más acertada, puesto que genera incertidumbre sobre cuestiones ya zanjadas a nivel mundial. Y si la Argentina quiere ponerse a tono con el estado de la cuestión en todo el mundo, necesita una legislación de fondo de arbitraje que dé seguridades a quienes confíen en nuestro país como sede. De no hacerlo así, simplemente las partes convendrán que los arbitrajes se desarrollen en otras jurisdicciones.

De todas formas sí vemos que la regulación del contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial abre nuevas perspectivas para el desarrollo de esta eficiente herramienta para dirimir conflictos hoy aceptada como de extraordinaria utilidad para la dinámica de las relaciones comerciales.

Incluso diremos que desde un enfoque sociológico la inclusión del arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial, constituye un factor de gran importancia para la difusión de este método alternativo de resolución de conflictos en nuestro país y contribuirá a internalizar entre los ciudadanos que el litigio judicial no es la única ni la mejor vía para dirimir controversias.



Índice

I. INTRODUCCIÓN	5
II. CLASES DE ARBITRAJE	6
1. Según sus procedimientos	6
2. Según sus principios	6
3. Según el ámbito en el que se desarrolle	6
III. COMPARACIÓN DEL ARBITRAJE CON LA JUSTICIA ORDINARIA	7
IV. TRATADOS INTERNACIONALES	8
1. Los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo del año 1889 y del año 1940	8
2. Convención de New York del año 1958	8
3. Convención de Panamá del año 1975	9
4. Convención de Montevideo del año 1979: Convención Interamericana sobre Eficacia	9
5. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y	9
Administrativa del año 1995 del MERCOSUR:	
6. Tratados de Protección Recíproca de Inversiones:	9
V. DERECHO COMPARADO	9
VI. ARBITRAJE EN ARGENTINA	9
1. Antecedentes	9
2. Naturaleza jurisdiccional del arbitraje	10
3. Arbitraje institucional	10
4. Arbitraje de consumo	11
5. Arbitraje societario	11
VII. ARBITRAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	12
1. Definición del contrato de arbitraje	12
2. Forma	12
A. Cláusula compromisoria	12
B. Acuerdo arbitral	12
3. Controversias excluidas	13
4. Clases de arbitraje	13
5. Autonomía del contrato de arbitraje	13
6. Competencia	13
7. Clausulas facultativas	13
8. Árbitros	13
VIII. EFECTOS DE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	14
IX. BIBLIOGRAFIA	17

Índice de Tablas

Tabla 1 - Paralelismo entre el arbitraje y la justicia ordinaria	7
Tabla 2 - Comparación del arbitraje con otros medios alternativos de resolución de conflictos	8
Tabla 3 - Leyes de arbitraje de otros países de América	9



I. INTRODUCCIÓN

A modo de inicio y breve resumen, el arbitraje es un procedimiento a través del cual se somete una controversia, por acuerdo de partes, sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Interviene un árbitro o un tribunal de varios árbitros, que actuará como tercero imparcial en el conflicto y dictará una decisión obligatoria para las partes.

Se trata de un procedimiento privado, una de las diferentes estrategias de resolución de conflictos junto a la negociación, mediación y la conciliación.

Se da, claramente, para el caso de controversias futuras que pudieran derivarse de un contrato, incluyéndose de manera previsoramente una cláusula en el mismo, que se denomina “*cláusula arbitral*”, o bien mediante el acuerdo de partes expresado en un contrato diferente al que contiene la relación jurídica de la cual deriva el conflicto sometido a este procedimiento, siempre que exista una clara referencia a las materias arbitrables y, por ende, al contrato del cual derivan.

La decisión del árbitro se denomina laudo arbitral, y se verá limitado por lo pactado por las partes, tanto en los temas a tratar como en la normativa a aplicar.

Los árbitros no tienen lo que se denomina *imperium* —fuerza ejecutoria de sus decisiones—, pero sí tienen jurisdicción a partir de su designación. Suele haber un árbitro por cada parte, elegido por éstas, o uno solo seleccionado por ambas.

Entre las razones de por qué los particulares podrían preferir el arbitraje a la jurisdicción ordinaria se encuentran la flexibilidad, el ahorro de tiempo y dinero, la confidencialidad y la experticia de los árbitros en el tema. Se trata de un procedimiento con garantías procesales y un marco jurídico existente —en primer lugar, la cláusula compromisoria arbitral incluida en cada contrato y en segundo, la ley a la que se decidan sujetar los particulares—, cuyos principios son:

- *Voluntariedad*: las partes se someten voluntariamente a la decisión de un tercero.
- *Igualdad*: las partes deben ser tratadas por igual, con los mismos derechos y obligaciones.
- *Audiencia*: las partes tienen derecho a exponer sus razonamientos, ya sea por escrito o de manera presencial.
- *Contradicción*: las partes, en concreto el demandado, tiene derecho a saber de qué se le acusa.
- *Libertad de configuración del Proceso Arbitral*: las partes pueden determinar el proceso, incluso una vez éste ya haya comenzado, si están de acuerdo.
- *Confidencialidad*: ni las partes, ni el árbitro, ni la corte (si la hubiere) pueden hacer público lo que conozcan durante el arbitraje, ni el laudo final. Salvo acuerdo de las partes.
- *Eficiencia*: sin retardos indebidos. Solución de conflicto rápido y eficiente.

II. CLASES DE ARBITRAJE

Existen diferentes clases de arbitraje, según destaca la doctrina, los cuales se pueden clasificar según sus procedimientos; según sus principios; y según el ámbito en que éste tiene lugar:

1. Según sus procedimientos: Según esta característica el arbitraje puede ser:

- A. **institucional:** Los administrados por instituciones, conocidos como arbitrajes institucionales, son aquellos acreditados por la intervención de una institución especializada a la que las partes, con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad, acuden encomendándole la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas prevén (FERNANDEZ ROSA, 2008:321).
- B. **Arbitraje Ad-hoc:** En los arbitrajes ad-hoc son las mismas partes las que se encargan de seguir el proceso. No existe institución alguna que administre el sistema. Son las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda. Así proveen los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para dictar el laudo y los recursos pertinentes contra el mismo.

2. Según sus principios: Según los principios que se aplican el arbitraje puede ser:

- A. **En derecho:** Significa que el tribunal arbitral se fundamentará en las leyes y reglamentos que aplican al contrato. La decisión en derecho implica que las partes deponen la contienda para que el árbitro la defina según el derecho. La ley nacional ordena en el arbitraje en derecho el árbitro sea abogado.
- B. **En equidad:** En este tipo de arbitraje, el tribunal arbitral no aplica ni leyes ni reglamentos para resolver la disputa sino su entendimiento de lo que es justo y equitativo. Ante esto, el árbitro obra con discrecionalidad, que es lo que le permite en últimas formarse un juicio de valor fundado en la apreciación racional y ponderada de los hechos. La decisión en equidad exige que el árbitro asuma un papel diferente al de juzgador, caracterizado por la búsqueda de una solución que con recto criterio componga y avenga el estado o la relación jurídica que se presenta entre las partes.

La regla que adopta la Ley Modelo de Arbitraje Internacional propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI— es que, ante el silencio de las partes, se entienda que el arbitraje es de derecho. En Latinoamérica, solo Ecuador, Bolivia y Uruguay contemplan un sistema contrario.

3. Según el ámbito en el que se desarrolle: Este criterio aplica dependiendo en el lugar que tiene lugar el arbitraje:

- A. **Internacional:** Aquel en el que las partes pertenecen a Estados diferentes, siendo factores esenciales el lugar de celebración y ejecución del contrato, así como el domicilio de las partes. Se aplica tanto entre particulares, personas naturales o jurídicas o entre Estados y empresas. Es fundamental escoger las normas que rigen al Arbitraje Internacional.
- B. **Nacional o interno:** Se discute dentro de un solo sistema jurídico con un ordenamiento jurídico específico.

III. COMPARACIÓN DEL ARBITRAJE CON LA JUSTICIA ORDINARIA

En el siguiente cuadro se muestra el paralelismo entre ambos procedimientos, indicando los puntos a favor y en contra de cada uno de ellos.

Tabla 1 - Paralelismo entre el arbitraje y la justicia ordinaria

ASPECTO	JUSTICIA	ARBITRAJE
Base fundamental	Normas y Jurisprudencia	Sentido común y equidad
Formalidad	Es base fundamental	Es secundaria
Vinculo entre las partes	Puede destruirlo	Trata de conservarlo
Incertidumbre	Absoluta	Relativa
Influencia en la decisión	Escasa	Importante
Actualización técnica	Poca	Apropiada
Contacto real entre las partes	Escaso	Efectivo
Estado actual	Crisis	Desarrollo
Celeridad	Ninguna	Alta
Enfoque	Una dimensión	Varias dimensiones
Especialidad	Peritos	Árbitros
Actualidad tecnológica	Afectada por la tradición	Tomada en consideración
Prestigio	Según persona	En desarrollo
Resistencia al cambio	Sometida a lo anterior	No centrado en lo anterior
Creación o conservación de riqueza	No atiende	Trata de considerar
Costo del proceso	Alto	Razonable
Incertidumbre	Total	Relativa
Prueba	Muy documentada	Relativa
Realidad del medio	No considera cabalmente	Trata de considerar
Confiabilidad	Baja	Alta
Previsibilidad	Baja	Razonable
Confidencialidad	Baja	Alta

Fuente: Martin, 1994.

Tabla 2 - Comparación del arbitraje con otros medios alternativos de resolución de conflictos

	Adversarial o no adversarial	Intervención de un tercero	¿Quién resuelve?	Grado de formalismo	Fuerza de la resolución
NEGOCIACIÓN	No adversarial	No interviene un tercero	Las partes	Informal	Acuerdo (se ejecuta como un contrato)
MEDIACIÓN	No adversarial	Tercero neutral (Mediador)	Las partes	Informal (pero con estructura)	Acuerdo (se ejecuta como un contrato)
CONCILIACIÓN	No adversarial	Tercero neutral (Conciliador)	Las partes	Informal (generalmente desestructurado)	Acuerdo (se ejecuta como un contrato)
ARBITRAJE	Adversarial	Árbitro	Árbitro	Libertad de las partes en cuanto al grado de formalismo	Laudo (misma validez que la sentencia)
JUICIO	Adversarial	Juez	Juez	Altamente formal	Sentencia obligatoria

Fuente: Martín, 1994.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES

Argentina ha suscripto una serie de tratados internacionales sobre la materia, los cuales se mencionan a continuación:

1. Los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo del año 1889 y del año 1940: En los mismos se establece que los exhortos, sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que han sido dictados siempre que reúnan ciertos requisitos.

2. Convención de New York del año 1958: Argentina suscribió dicha Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y la ratificó por ley 23.619¹, formulando a su vez la siguiente declaración en el momento que depositó el instrumento de ratificación:

“La República Argentina declara:

- A base de reciprocidad, aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente.

Declara asimismo que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

- La presente Convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella.”

¹ Sancionada: Setiembre 28 de 1988. Promulgada: Octubre 21 de 1988.

3. Convención de Panamá del año 1975: Por ley 24.322² se ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que cuenta además con la ratificación de Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

4. Convención de Montevideo del año 1979: Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por ley 22.921³, también ratificada por Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

5. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa del año 1995 del MERCOSUR: Protocolo que alude en su cuerpo al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados miembros del Mercosur. Suscripto por los mismos (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

6. Tratados de Protección Recíproca de Inversiones: Desde 1990 la República Argentina suscribió más de 50 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones; en ellos se prevé por ejemplo que los conflictos o diferencias se someten al arbitraje de tribunales arbitrales ad hoc o constituidos bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI).

V. DERECHO COMPARADO

El arbitraje se ha acogido en Latinoamérica⁴ por diversas leyes o reglamentaciones nacionales. A modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes, siguiendo a MENENDEZ (2008:112).

Tabla 3 - Leyes de arbitraje de otros países de América

País	Regulación
Bolivia	Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997
Brasil	Ley de Arbitraje y otros Procedimientos de Solución de Controversias Comerciales de 1996
Chile	Ley Arbitraje Comercial Internacional de 2004
Colombia	Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de 2012
Guatemala	Ley de Arbitraje en 1995
Paraguay	Ley de Arbitraje y Mediación de 2002
Perú	Ley General de Arbitraje de 1996
Venezuela	Ley de Arbitraje Comercial de 1998

Fuente: MENENDEZ, 2008.

VI. ARBITRAJE EN ARGENTINA

1. Antecedentes: En la República Argentina, el arbitraje como medio para la solución de controversias no es un instituto desconocido, sin embargo no existe aún un criterio uniforme sobre su aplicación y tratamiento.

² Sancionada: Mayo 11 de 1994. Promulgada de Hecho: Junio 15 de 1994.

³ En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, el Presidente de la Nación Argentina sanciona y promulga con fuerza de ley.

⁴ MENÉNDEZ, 2008: 112



Es sabido que la Constitución Argentina delega en la Nación la posibilidad de dictar los códigos de fondo de aplicación en todo el territorio en material civil, comercial, penal, trabajo, minería, entre otros, y corresponde a las provincias dictar sus normas procesales, tarea no delegada al Estado Federal.

Hasta el momento, la materia arbitral ha sido considerada una cuestión procesal, siendo diferente su acogida en cada jurisdicción. En derecho de fondo, el Código Civil de Vélez Sarsfield no contiene disposiciones relativas al arbitraje, pero sí algunas otras normativas relacionadas, a saber:

- A. El art. 456 del Código de Comercio derogado, reguló la venta sobre muestras o de cosas de calidad conocida en los usos del comercio, previendo (para el caso de rechazo de los géneros) su reconocimiento por peritos quienes determinarán si son o no de recibo —pericia arbitral, regulada en el Código Procesal Civil y Comercial de Nación—.
- B. La ley 17.418 de Seguros, establece en su artículo 5 el juicio de peritos para evaluar la declaración falsa o reticencia del asegurado.
- C. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla que pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción, así como los requisitos que debe reunir el compromiso arbitral, mecanismos de designación de árbitros, etc.

2. Naturaleza jurisdiccional del arbitraje: La naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la propia CSJN desde el siglo XIX, y ha sido sostenida en los casos que ha resuelto conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la arbitral. Explícitamente lo ha dicho al resolver en “*J.C. Roca c/ Consultora S.A.*” que: *“aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”*. Así también ha dicho *“Que una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles. Los árbitros, una vez constituidos, se comportan como verdaderos titulares de jurisdicción, en la forma y en la medida en que las partes les sometieron la solución del conflicto”*. Es decir que si bien la voluntad de los particulares interviene en el inicio del proceso, una vez que ha sido decidido los árbitros seleccionados actúan como jueces, con imparcialidad e independencia, revestidos de una función completamente jurisdiccional que se desenvolverá como si el proceso tramitara ante la justicia ordinaria.

También ha sostenido, en aquellas cuestiones que deben dirimir sobre los recursos contra el laudo, que no procede la vía del art. 14 de la ley 48 respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente.

3. Arbitraje institucional: En Argentina está en pleno funcionamiento el arbitraje institucional respecto de varias organizaciones privadas que lo administran, regulando su procedimiento y asegurando su funcionamiento.



Un ejemplo lo constituye el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Creado en 1962, compuesto por tres árbitros permanentes nombrados por el Consejo de la Bolsa por concurso que actúan como árbitros y amigables componedores. Puede acudir al Tribunal por la materia o cuestión arbitrable, no exigiéndose la calidad del socio, ni la previa inscripción del contrato en la Bolsa, siendo el procedimiento más ágil que el proceso judicial.

También el de la Bolsa de Comercio de Rosario y el de la Bolsa de Cereales, antiguo y con una competencia limitada.

Incluso se observa que ciertas organizaciones privadas han tenido lugar en los últimos años con la finalidad de administrar arbitrajes. Entre ellos el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje y el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio.

4. Arbitraje de consumo: Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos el cual complementa a la Justicia y fue concebido para lograr la recomposición de relaciones deterioradas entre proveedores de bienes y servicios y consumidores o usuarios.

Dentro de su competencia se encuentran todas las relaciones de consumo establecidas en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, con jurisdicción en todo el territorio nacional. Este tipo de arbitraje presenta las siguientes características: a) Voluntariedad; b) Gratuidad; c) Simplicidad y rapidez; d) Confidencialidad; e) Neutralidad y equilibrio entre las partes; y f) Carácter vinculante y ejecutivo

5. Arbitraje societario: En las relaciones societarias pueden plantearse conflictos de diversa índole. Si bien ciertas controversias son, sin ningún tipo de duda, susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje, existen otras cuestiones, que pueden plantearse entre un socio y la empresa de la que forma parte o de los socios entre sí, cuya arbitrabilidad ha vivido una expansión en los últimos años como consecuencia del propio devenir de la institución arbitral. A pesar de las diversas posturas, existe una tendencia favorable a la arbitrabilidad en el ámbito societario.

En Argentina, en materia societaria, como en muchas otras áreas del derecho patrimonial, es posible dirimir conflictos mediante otros métodos alternativos de solución de controversias. Sin embargo, ello no se encuentra regulado en la ley 19.550, de sociedades comerciales, pese a que ha ido teniendo cierta acogida en la práctica societaria

Esto, incluso, ha sido admitido en los pocos precedentes arbitrales —que llegan a ser cuestionados judicialmente— y en la relativamente nueva normativa de la IGJ y otros marcos normativos.

Como se dijo, nuestra Ley de Sociedades Comerciales guarda un absoluto silencio en torno a la posibilidad de que los socios o, eventualmente, terceros, sometan los conflictos derivados de la dinámica societaria a arbitraje.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que tampoco lo prohíbe en forma expresa, cabe señalar que se trata de una modalidad lícita, siempre que se respeten ciertos principios societarios indisponibles.

Con fecha 22 de mayo de 2001 la IGJ emitió la Res. Gral. 4/01, mediante la cual admitió la posibilidad de prever en el estatuto o contrato social el arbitraje como medio para solucionar

conflictos societarios. Dicha posibilidad fue mantenida por la IGJ en la Res. Gral. 7/05 —“Normas de la Inspección General de Justicia”—.

Así las cosas, por motivos de organización temática, evadiendo el esquema estructurado, nos anticiparemos al tratamiento de uno de los efectos que el nuevo código Civil y Comercial producirá sobre este instituto, para concluir que su redacción no parece oponerse a la práctica y a la resolución normativa indicadas precedentemente, sino por el contrario, tiende a incluir las controversias societarias en la materia arbitral, o por lo menos, no las excluye, como si lo hace con otras materias.

En efecto, entendemos, sin lugar a dudas, que el Código Civil y Comercial unificado, admite e introduce expresamente el arbitraje societario, toda vez que, de conformidad con su artículo 1650, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje, dispone que éste deba ser escrito y puede constar en un estatuto o reglamento.

VI. ARBITRAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En nuestro país, el arbitraje ha ido evolucionando tanto jurisprudencial como doctrinariamente. El arbitraje se encuentra reglamentado como un contrato dentro del nuevo Código Civil y Comercial, más específicamente en el Título IV que regula los contratos en particular, en el Capítulo 29 abarcando los artículos 1649 a 1665 inclusive.

Es necesario destacar que los arbitrajes regulados por el Código son los denominados “*arbitrajes comerciales o privados*”. Esto es, el contrato celebrado entre particulares para resolver las controversias que surjan de un contrato privado, donde el derecho aplicable será el que corresponda al caso en particular (RIVERA; 2012:1). Esto implica que:

- No se regulan los arbitrajes de inversión;
- Las partes son consideradas como sujetos privados;
- El Estado no participa ni puede ser parte;
- Tampoco se incluye al arbitraje de consumo que tiene su propia regulación en la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— y sus reformas.

1. Definición del contrato de arbitraje: El Código concede una definición en su artículo 1649, en el cual determina que: “*Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público*”.

2. Forma: El acuerdo de arbitraje debe ser siempre por escrito⁵ y puede ser constituido de diversas formas, las cuales serán desarrolladas a continuación.

- A. **Cláusula compromisoria:** Se denomina de esta forma a la estipulación incluida en un contrato, mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral (GOMEZ RODAS, 1989:15).
- B. **Acuerdo arbitral:** O también conocido como “compromiso arbitral” (en caso que la controversia sea ya existente), es un acuerdo independiente al contrato con el que se

⁵ Artículo 1650 del Código Civil y Comercial de la Nación.

relaciona, firmado por las partes, en el cual se obligan a someter una controversia, actual o futura, a arbitraje.

3. Controversias excluidas: El Código hace una numeración⁶ taxativa de aquellas cuestiones en las cuales el arbitraje no podrá inmiscuirse. Asimismo, establece que las normas no serán aplicables en caso que el Estado sea parte, ya sea nacional o local. Dentro de las mismas podemos encontrar: a) Las referidas al estado civil o la capacidad de las personas; b) Las cuestiones de familia; c) Las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) Los contratos por adhesión, cualquiera sea su objeto; y e) Las derivadas de las relaciones laborales.

4. Clases de arbitraje: El artículo 1652 establece que las controversias pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, siempre y cuando estas cuestiones puedan ser objeto del juicio de árbitros. Ante la ausencia de si es de derecho o de amigables componedores, se entenderá que es de derecho.

5. Autonomía del contrato de arbitraje: Este artículo es un reflejo de lo expresado en las Convenciones y Reglamentos de los que Argentina es parte, ya que determina un elemento fundamental en todo arbitraje: la independencia del contrato de arbitraje o clausula compromisoria del contrato con el que se relaciona. Esto implica que la ineficacia de este último no obsta a la validez del contrato de arbitraje por lo que son los mismos árbitros quienes, al conservar su propia competencia, incluso en el caso que se declare la nulidad y podrán determinar y pronunciarse sobre los derechos, pretensiones de las partes.

6. Competencia: Este es otra característica fundamental de todo arbitraje internacional, la recepción del principio conocido como el *Kompetenz – Kompetenz* el cual implica que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje.”⁷. El Código, sin embargo, establece la posibilidad que las partes planten en el contrato una estipulación que no permita la aplicación de este principio.

7. Clausulas facultativas: Son las enumeradas en el Artículo 1658, las cuales dan la posibilidad a las partes de pactar libremente sobre las siguientes cuestiones, a saber: a) Sede del arbitraje; b) Idioma en el cual se llevará a cabo; c) El procedimiento que deben seguir los árbitros para pronunciarse sobre la controversia; d) Plazo en el cual los árbitros deberán expedir el laudo; e) Confidencialidad del procedimiento; y f) El modo de distribuirse o soportar los costos del arbitraje.

8. Árbitros: Para la designación de los mismos, las partes eligen libremente el procedimiento por el cual se llevará a cabo su elección, pero siempre debe ser uno o más en número impar. En caso de falta de acuerdo, el Código establece⁸ diversas formas de solucionarlo.

Asimismo, se les concede a los árbitros la posibilidad de adoptar medidas cautelares⁹ que consideren que son necesarias para resolver la controversia, a pedido de cualquiera de las partes intervinientes. Se debe tener en cuenta que la ejecución de las mismas y, si fuese necesario, las diligencias preliminares se deben realizar por un tribunal judicial.

⁶ Artículo 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷ Artículo 23.1 CNUDMI

⁸ Artículo 1658 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁹ Artículo 1655 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para su designación¹⁰, lo único que se requiere es que la persona elegida cuente con plena capacidad civil y queda a voluntad de las partes si quieren establecer otro requisito.

Con respecto a la remuneración¹¹ de los mismos, las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios y el modo de determinarlos y finalizan su labor con el pronunciamiento del laudo definitivo, con algunas excepciones, como lo sería el caso de resoluciones aclaratorias o complementarias.

VIII. EFECTOS DE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El contrato de arbitraje tiene dos efectos naturales: el de obligar a las partes a atenerse a cuanto se han comprometido y el de excluir la competencia de los jueces naturales para dirimir las controversias que aquéllas hubieran acordado someter a arbitraje, en el contrato -o relación jurídica objeto- o en el mismo contrato de arbitraje.

Sin dudas, la regulación del contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial lo torna operativo en el ámbito jurisdiccional argentino. No obstante hemos advertido que su regulación, en función de la técnica legislativa implementada, impone determinadas consecuencias jurídicas que seguidamente procederemos a explicar.

En primer lugar notamos que el nuevo Código Civil y Comercial, desequilibra el sistema arbitral en favor de una concepción privatista, considerándolo como un típico contrato privado sin considerar su caracterización como un especial proceso privado que concluye en un laudo o sentencia arbitral, resolviendo definitivamente el conflicto planteado, con efectos semejantes a los de una sentencia judicial emanada de un juez estatal.

Esta recepción normativa del contrato de arbitraje se encuentra en contradicción con la doctrina de la CSJN que a ha reconocido siempre el carácter jurisdiccional del arbitraje (Fallos 247:323; 296:230; 302:1280; 320:700), aclarando que es “jurisdiccional por su naturaleza (Fallos 320:2379); “por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos”; esto es, el laudo arbitral firme como título ejecutivo, que al igual que una sentencia judicial, tramita por el proceso de ejecución de sentencias, sin perjuicio de reconocer su origen contractual como procedimiento de solución de controversias (Fallos: 322:1100).

Entendemos que la inclusión del arbitraje como un contrato “*nominado*” en el contexto de un código de obligaciones civiles y comerciales es novedosa y solitaria en la moderna técnica legislativa en la materia y se presenta como una adhesión explícita a una concepción contractualista del instituto que se contrapone con la aproximación “*jurisdiccional*” o “*híbrida*”, que cuenta con la aquiescencia de la principal doctrina nacional.

Siendo que, como se vio, el arbitraje por su esencia jurisdiccional es y debe ser una institución procesal, su regulación normativa, al igual que la de toda cuestión relacionada con las normas de procedimiento, enjuiciamiento o juzgamiento, es de resorte exclusivo e indelegado de las provincias, toda vez que de conformidad con el sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, la atribución de legislar en materia procesal pertenece, como principio, a cada una de ellas y no al Congreso de la Nación. Así ha sido considerado desde la organización institucional de nuestro país como lo demuestra la regulación del arbitraje en todos los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de las provincias y de la Nación.

¹⁰ Artículo 1660 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ Artículo 1664 del Código Civil y Comercial de la Nación.



No, por sostener lo indicado precedentemente, desconoceremos que según la jurisprudencia de la CSJN las facultades de las provincias en el dictado de normas procesales no es absoluta, habiéndose reconocido por excepción las facultades del Congreso para dictarlas cuando sea pertinente establecer ciertos recaudos de esa índole a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo o en las leyes comunes. Existe, en efecto, un vasto sector de normas procesales (en las que se destacan las referentes a la admisibilidad de los medios de prueba), cuya sanción no podría reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho substancial o material.

Pero este no es el caso del arbitraje, no está en juego la eficacia de ningún instituto de fondo cuya regulación corresponda a la Nación y que resulte necesario asegurar, mediante el establecimiento de ciertos aspectos procesales que se consideren íntimamente vinculados a la esencia de ese instituto para evitar su eventual desnaturalización, en tanto el arbitraje en sí mismo como proceso privado es un instituto procesal o de juzgamiento por el que se podrán resolver todas las cuestiones patrimoniales que las partes le sometan, cuya regulación corresponde indudablemente a las provincias y/o la nación respectivamente.

De este modo, vemos como consecuencia inexorable que la catalogación del contrato de arbitraje y su regulación procesal en el Código Civil y Comercial así como en los Códigos rituales locales va naturalmente a crear inconsistencias y tensiones entre sus respectivas disposiciones.

En segundo lugar, observamos que la técnica elegida por legislador en el nuevo Código Civil y Comercial para definir la arbitrabilidad de las controversias, se traduce en la enunciación de un listado excluyente. Dispone así en su artículo 1651: “Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales”.

Esta técnica ya ha sido descartada, desde hace tiempo, como método apropiado para definir con precisión la arbitrabilidad en un ordenamiento jurídico, si al menos no se acompaña de un criterio inequívoco así como de pautas que permitan establecer cuál es el sentido de excluir determinadas materias del arbitraje.

Podría argüirse, de esa manera, que representa un cierto retroceso respecto de lo establecido en el artículo 737 del CPCCN, en el que se establece un criterio de arbitrabilidad, que si bien no se encuentra a la vanguardia de las legislaciones más evolucionadas, al menos establece claramente un criterio de arbitrabilidad determinado: son materia arbitrable las cuestiones que pueden ser objeto de transacción. Así las cosas, en la versión aún vigente del Código Civil, las cuestiones transables surgen de los arts. 843 a 849 de dicho cuerpo normativo, disponiendo el art. 849 que: *“se puede transigir toda clase de derechos, cualquiera sea su especie o naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición”*.

Al margen de las apreciaciones sobre la técnica empleada, advertimos también que las cuestiones excluidas de la posibilidad del arbitraje en cuestión de materia lo han sido sobre la base de diferentes fundamentos. En este sentido, resulta evidente que las relaciones de familia, estado y capacidad de las personas, están en íntima vinculación con la idiosincrasia de una sociedad, su moral, sus costumbres sociales más profundas, pero debemos hacer notar que no todas las cuestiones de familia son indisponibles, sobre todo cuando a nivel nacional



existe la mediación familiar, especialización que se destaca por solucionar innumerables cuestiones relacionadas a esta materia.

Asimismo, con respecto a las relaciones de consumo, al igual que las laborales, creemos que su exclusión como materia arbitrable se justifica por la desigualdad del poder negociador, tanto al momento de la celebración del contrato como durante su desarrollo. Ahora bien, en la búsqueda del orden jurídico de nivelar el poder de la parte más débil de la relación jurídica, su posibilidad de negociación y capacidad de defensa de sus intereses, a través de diversas herramientas tutelares, no vislumbramos el motivo por el cual no pueda elegirse el foro arbitral como un mecanismo favorable para la parte más débil.

Sin embargo, lo cierto y concreto es que el nuevo Código Civil y Comercial, en materia de consumo, veda toda posibilidad de arbitraje sea en calidad de actor como demandado.

Atentos a esta circunstancia hemos de remarcar la utilidad del arbitraje de consumo, ya que posibilita el fácil acceso a un procedimiento seguro de solución de conflictos para quienes quizá, no podrían —o no optarían— por reclamar sus derechos ante los tribunales estatales en virtud a que el recurso ante los tribunales judiciales estatales no es la solución ideal en materia de contratación electrónica internacional y en particular cuando son contratos de consumo.

Claro está que la condición de arbitrable de una materia depende, fundamentalmente, de la legislación de cada país. Y si bien existen algunos principios relativamente universales, se trata en definitiva de una cuestión de política legislativa. No obstante, entendemos que la solución del Código analizado resulta poco atractiva para los tiempos que corren, sobre todo frente a la falta de tribunales de poca cuantía y la gran cantidad de conflictos que pueden surgir en una compraventa para consumo.

Por último, hemos apreciado que el Código unificado ha introducido el concepto de “orden público” como propio del contrato de arbitraje, circunstancia que lo discrimina frente al resto de los contratos.

Dispone así su artículo 1649: *“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”*.

Vemos en la inclusión del concepto genérico que indica “orden público comprometido” una barrera a la arbitrabilidad, que deja fuera de la competencia arbitral aquellas cuestiones que si bien pueden comprometer normas de orden público, son disponibles para las partes.

De acuerdo con Rivera (2015:78) el nuevo Código Civil y Comercial crea el problema de: *“la exclusión de las cuestiones en que pueda estar comprometido el derecho público”*, dado que no todas las relaciones jurídicas de carácter privado en las que se encuentre comprometido el orden público resultan indisponibles para las partes y viceversa, no todas las cuestiones en las que esta involucradas normas de derecho público y/o el Estado es parte, son necesariamente de orden público.

La única limitación a la jurisdicción arbitral está dada por el hecho de que no haya pacto arbitral o bien, la cuestión contractualmente pactada haya sido excluida del arbitraje, que no es lo mismo que afirmar que no se encuentre comprometido el orden público. La noción de orden público, en efecto, se introduce siempre en cuanto a la ejecutabilidad o nulidad del laudo y en la medida que éste sea contrario a aquel, pero jamás como limitante del acuerdo



arbitral, sobre todo ante la eventualidad de afectar el orden público, sin violación palmaria del mismo.

Finalmente, con respecto a este punto, destacamos que la Convención de Nueva York establece en el Art. 5, inc. 2, que podrá denegarse la ejecución del laudo cuando según la ley del país en que se pretende ejecutar esa cuestión no “es susceptible de solución por vía arbitral”.

Consecuentemente, un efecto interesante de señalar es que a partir de la redacción del nuevo Código Civil y Comercial todas las cuestiones que comprometan al orden público (sean o no repulsivas a éste) dejarán de ser ejecutables, en tanto no serán materia arbitrable por definición.

Por otro lado, como se adelantó, el nuevo Código aborda una vez más cuestiones de neto carácter procesal, como las medidas cautelares y las diligencias preliminares, contenidas en todos los ordenamientos procesales locales.

Así las cosas, se plantea la duda acerca del tipo de medida que los árbitros pueden adoptar, pues la disposición alude a aquellas que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Sin embargo, como la ejecución de esas medidas corresponde a un tribunal judicial (no indica cuál de los varios posibles debería ser) puede presentarse el caso de que aquél no se encuentre facultado por la ley local de procedimiento a ejecutar una medida que no milita en el catálogo correspondiente. Probablemente una ley federal de arbitraje removería este escollo, entre tantos otros, en los arbitrajes interprovinciales e internacionales.

Por último, un punto a tener en cuenta, con relación a los efectos de las disposiciones del nuevo Código en materia de arbitraje, esta dado por la interrupción de la prescripción de las acciones derivadas del fondo del asunto sometido a arbitraje, la cual opera a partir de la solicitud de arbitraje. Dispone en este sentido el artículo 2548: *“El curso de la prescripción se interrumpe por la solicitud de arbitraje. Los efectos de esta causal se rigen por lo dispuesto para la interrupción de la prescripción por petición judicial, en cuanto sea aplicable.”*

La solución que brinda el Código resulta lógica y acertada, por cuanto es el camino elegido por las partes para resolver el conflicto y por consiguiente no puede volverse un mecanismo que obstaculice el ejercicio de los derechos.

IX. BIBLIOGRAFIA

DEL CASTILLO, Álvaro. El arbitraje en el proyecto de unificación del código civil y comercial: perspectivas. ISSN 2346-9404.

Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo (Disponible en: <http://consumidor.gob.ar>).

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2008). *Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 321 – 365. (Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/277/6/14.pdf>).

GÓMEZ RODAS, Carlos M. (1989) *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional*, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 64, Septiembre-Diciembre, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, p. 15.

MARTÍN M.A. (1994), *El Arbitraje Comercial*. Revista Universo Económico Nº 17.

MENÉNDEZ Uría (2008) *El arbitraje en Latinoamérica: balance del año*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, pp. 112 – 115.



Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales

RIVERA, Julio César (2012), *El contrato de arbitraje en el proyecto de Código Civil y Comercial*. Ponencia en la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Libro III, pp. 1 – 17.

RIVERA, Julio César. El arbitraje en Argentina (Disponible en: http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/riveraelarbitrajeen_argentina2.pdf [15/07/15]).

TRIOLO, Ignacio L., *Arbitraje "societario" en la República Argentina*, Editorial ASTREA, 2008 (Disponible en: <http://www.viziolitriolo.com.ar/pdf/arbitraje-societario-en-la-republica-argentina.pdf>) [15/07/2015].

Ley 23.619 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de Nueva York).

Ley 26.994 - Código Civil y Comercial de la Nación.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional –CNUDMI (2010).

Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales

Secretaría de Extensión Universitaria - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de La Plata -
La Plata - Buenos Aires - Argentina

Septiembre 2015

Contacto: orei@jursoc.unlp.edu.ar